

PONTES DE MIRANDA E O SER JUIZ

Og FERNANDES¹

A escolha de resgatar um autor como Pontes de Miranda repousa essencialmente na vivacidade das concepções do direito e do juiz que este autor possui. Para Pontes de Miranda, o fenômeno jurídico é essencialmente *adaptação* ao mundo social, adaptação por ele considerada semelhante àquela verificada no mundo orgânico. À parte os excessos positivistas naquele que foi um dos últimos intelectuais brasileiros comtianos, o conceito rende bons frutos. Este conceito de adaptação do direito ao ordenamento social já havia sido utilizado anteriormente também por Clóvis Bevilacqua. A prática jurídica dos Tribunais tem, contudo, grande dificuldade em adaptar o direito à sociedade de onde o fenômeno jurídico provém e para o qual ele se destina.

Eis assim a razão do título deste artigo: dito com Pontes de Miranda, ser juiz parece ser mais do que aplicar a lei: hoje, dir-se-ia que o ser juiz está vinculado à produção de bem-estar

social, na medida em que na sentença se deve produzir não somente uma subsunção, mas sim o bem-estar individual através do confronto com o bem-estar de mais pessoas e com a soma do bem-estar da sociedade no seu conjunto, mediante escolhas sociais que prezem a qualidade de vida.

Nascido em Maceió, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1892-1979) foi sociólogo, advogado, juiz, jurista teórico de sucesso e representante do Brasil em organismos internacionais. Considera-se como sua obra de maior repercussão o *Tratado de direito privado em sessenta volumes, cuja publicação iniciou em 1954 e foi concluída em 1969. O seu primeiro livro foi porém publicado já em 1912, ano sucessivo à sua formatura na Faculdade de Direito do Recife, e possuía um interessante título, por si só um programa de vida: A margem - do direito. Ensaio de psicologia jurídica*². Neste volume, Pontes já aduzia o

⁽¹⁾ Og Fernandes é Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco, Coordenador do Conselho de Defesa do Cidadão de Pernambuco.

⁽²⁾ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *À margem do direito (Ensaio de Psicologia Jurídica)*, Francisco Alves & Cia. - Aillaud, Alves & Cia., Rio de Janeiro - São Paulo - Belo Horizonte - Paris - Lisboa 1912, 219 pp.

conceito de adaptação anteriormente referido, que permearia em 1922 a obra *Systema de sciencia positiva do direito*, tratada neste artigo.

O direito como adaptação está ligado ao seguinte fato: foi com Pontes de Miranda que o direito abriu suas portas às outras ciências, principalmente à sociologia, que conseguiu desta forma ser definitivamente introduzida (depois das tentativas iniciais de Tobias Barreto e de Silvio Romero) no ambiente conservador da Faculdade de direito recifense. Esta introdução da sociologia no ambiente jurídico, ou do direito na sociologia, melhor dizendo, foi realizada através da fundação de uma rigorosa ciência do direito, expressa pela primeira vez exatamente no *Systema di sciencia positiva do direito*³. Neste volume, Pontes de Miranda enriquece as idéias lógico-metodológicas com os resultados mais atualizados das pesquisas antropológicas, etnológicas, sociológicas e psicológicas. Deste livro, são extraídos a seguir os trechos onde Pontes de Miranda retrata o juiz completo, mas inserido no mundo rigorosamente metodológico da ciência do direito. Pelos problemas colocados, especialmente pela diminuição do arbítrio judicial que sua concepção impõe, o volume de Pontes de Miranda se insere perfeitamente, como se tivesse sido escrito hoje, nos debates mais atuais da prática jurídica.

O *Systema* pretende, como especifica o próprio autor, revelar “o fio de realidade, com que tem de satisfazer-se a ciência dos nossos

dias”⁴. Pontes de Miranda caracterizava, efetivamente, o livro como um tratado de ciência positiva “pela intenção e pelos métodos”⁵: “conhecer para se convencer e depois atuar”⁶ sob a égide da pesquisa quantitativa e do método racional. E mais adiante o autor esclarece: “o que empreendi no direito, Comte já o fez noutros domínios e, se discrepamos em doutrina, o método é o mesmo e não raro se ajustam as conclusões, posto que necessariamente mais precisas certas idéias, que mais de meio século de indagações, na teoria do conhecimento, na cinemática, na física, na matemática e noutras ciências, opulentou de memoráveis confirmações, singelamente retificou, ou desassombradamente pôs de lado”⁷.

O conceito amplo de direito de Pontes de Miranda resta desta forma claro: “as leis não são o direito; a regra jurídica apenas está em conexidade simbólica com a realidade. Mais evidente será a relatividade do preceito quando advertimos na índole social da realidade, em que o direito é apenas um dos elementos integrantes dela e mantém, na composição, a sua especificidade”⁸. A lei assim chamada “boa” não era aquela intuitiva ou racionalmente boa, mas sim a herdeira das pesquisas experimentais, ou seja, daquilo que na época era fruto da sociologia positivista, como Pontes mesmo ressaltava em 1924 na *Introdução á politica científica*⁹.

A sociologia aplicada ao direito tinha a ver diretamente com a política do direito, tendo

(3) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema de sciencia positiva do direito*, Jacintho Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro 1922. 2 vols. Vol. I, 529 pp.; Vol. II, 670 pp.

(4) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., *Prefácio*, p. XIV.

(5) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., *Prefácio*, p. XV. (6) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., *Prefácio*, p. XVI.

(7) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., *Prefácio*, p. XVI. 8 Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. I, p. 62.

(9) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Introdução á politica scientifica ou fundamentos da sciencia positiva do direito*, Livraria Varnier, Rio de Janeiro - Paris 1924, *Introdução*, p. 5.

sido o *Systema* publicado para comemorar também o centenário da independência do Brasil. Para Pontes, a política do direito é dirigida pelas leis e pelos princípios científicos do direito. Os princípios científicos muito originais imaginados pelo autor são basicamente dois:

a) a dilatação dos círculos sociais. Pode-se dizer que em Pontes “círculo social” substitui termos como “comunidade” e “sociedade”;

b) a progressiva diminuição do *quantum* despótico. “Os círculos maiores são superiores aos menores; a violência, o voluntarismo subjetivista, a elaboração doutrinária da lei diminui progressivamente [...]. Ambos são princípios *evolutivos* [...]. Dilatar pátrias pela violência é *progredir* ‘espacialmente’ (princípio da progressiva dilatação dos círculos ou espaços sociais) e *regredir* quanto à cultura ou ‘cronologicamente’ (princípio da diminuição do despotismo); é a evolução no espaço e a involução no tempo, na cultura. Para que a política seja melhor é de mister simultaneamente expressiva de progresso no sentido do princípio da dilatação dos círculos sociais e do princípio da diminuição do despotismo”¹⁰.

Nos dois volumes do *Systema*, de acordo com o índice analítico por matéria, disponível em ambos os volumes, Pontes de Miranda faz 40 menções ao juiz e às suas funções, sendo este assunto um daqueles que recebem tratamento mais detalhado em todo o volume, à demonstração da importância que Pontes de Miranda atribuía ao juiz na realização do equilíbrio social que o direito deveria procurar ao adaptar-se continuamente.

Inicia-se pelo volume II, porque ele trata especificamente do papel do juiz no contexto da pesquisa científica e da política jurídica.

Pontes de Miranda começa o capítulo III relevando em três assuntos a função do método no direito: na legislação, para guiar a formação da regra jurídica; na interpretação, para aplicar a regra jurídica; na ciência, para tornar eficaz o conhecimento da matéria jurídica. Os três assuntos estão em recíproca dependência, afirma Pontes: “os erros de um implicam, por vezes, desvios graves no outro processo de revelação da norma e de equilíbrio social”. Para Pontes de Miranda, a tarefa de interpretar a lei vai muito *mais* além de aplicá-la, começando mesmo muito antes de se sentir a necessidade de conhecê-la para resolver um caso particular, ou seja, aplicá-la. Sendo assim, o interpretar seria igual a *saber*; e o aplicar, igual a *atuar*, sem querer-se com isso exigir do magistrado a construção jurídica exata. Diz efetivamente Pontes, dissociando a juiz da automática aplicação da lei:

“O juiz-mecanismo, que não julga, e só assiste, é forma primitiva. A evolução é noutro sentido que se opera. Hoje, não poderíamos conceber o juiz que apenas *desse* autenticidade a atos das partes, especialmente do autor: no velho direito romano, como no processo extrajudiciário, é o autor que realiza seu direito com o cumprimento de *legis actio*; assistente, senão passivo, mecânico, o magistrado pronuncia o que a lei lhe dita; não pode dar a ação, quando a lei lhe dita; não pode dar a ação, quando a lei não a atribue, nem denegá-la, quando a lei a concede; organizada *in iure* a instância, resol-

⁽¹⁰⁾ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Discurso em resposta, proferido pelo Sr. Dr. Pontes de Miranda, in Clovis Bevilacqua, O direito como ciência positiva na obra científica de Pontes de Miranda. Discursos proferidos no banquete de 26 de fevereiro de 1923, incluído o homenagem*, Livraria Científica Brasileira, Sussekind de Mendonça & Comp., Rio de Janeiro 1923, pp. 29-30.

ve-a, *in iudicio*, outra autoridade: o juiz. [...]. Compara Rumpf a ação do juiz à do ator [...]: ator e juiz estão na mesma posição quanto à peça e à lei; ambos não se limitam à simples reprodução do que disse o poeta ou o legislador: dão vida à palavra morta, um pouco da própria personalidade. Nisto é que estão os perigos e somente se poderiam diminuir ou afastar pela adoção de rigorosos métodos, que cercem a atividade pessoal e fortaleçam a exploração objetiva¹¹.

Quais seriam estes métodos? Completamente o oposto dos tradicionais métodos da dogmática, que pretende deva considerar-se na interpretação e aplicação do direito apenas o texto legal, ou seja, o texto do qual teoricamente não se possa discordar. Na prática, o novo método propõe que o juiz construa ou utilize a construção já feita pela ciência, pela história sociológica e cultural do direito a ser aplicado. "Cabe à psicologia social examinar as manifestações exteriores do fenômeno psicológico, moral ou jurídico, no presente e no passado, com os recursos da sociologia geral, das sociologias particulares (estética, epistemológica, religiosa, jurídica, etnológica, lingüística, econômica, popular ou folklore), e das ciências descritivas, que são os trabalhos históricos. Depois à psicologia comparada compete verificar nos vários povos e nas diversas espécies zoológicas os fenômenos que lhe interessam. [...]. Não param aí os métodos de observação direta. Para observar diretamente a vida social, estamos no mesmo caso em que se achava uma das células do nosso organismo se quisesse observar e compreender a evolução do organismo inteiro. Ao direito

também se pode aplicar tal imagem [...]. Processos indiretos para conhecer o direito são, no método histórico, a heurística, ou documentação, a crítica histórica externa e interna, e, no método comparativo, a experimentação indireta. Certo é que não se fazem verdadeiras viviseções sociais, mas é sempre possível observar desenvolvimentos paralelos, medir e caracterizar a ação das mesmas causas (método das variações concomitantes), apreender, em dado momento ou em muitos, a ação dos fatos sociológicos (estatística), e até prevenir a atuação de elementos anormais ou observar a adaptação ou inadaptção da lei escrita às circunstâncias mais ou menos gerais da sociedade¹².

A idéia do método, ou a necessidade dos mesmos serem utilizados pelo juiz, em Pontes, está ligada à própria essência complexa do material a ser objeto deste método: "Ainda que nos dêem as revoluções e e os grandes movimentos sociais a impressão do direito inédito, do espontâneo, da solução de continuidade, é de bom alvitre não nos enganarmos com as aparências; no âmago encontraremos o germe, o plasma, na sua indestrutível historicidade. [...] A legislação é a manifestação exterior mais aparente do direito; porém, não é a única, nem a mais adequada à realidade social.[...] Para que possa a lei escrita corresponder, senão perfeitamente, ao menos com a relativa segurança, de que é capaz a inteligência humana, às necessidades sociais, não somente é preciso excluir tudo quanto obste a sua espontânea formação, como dar ao terreno, em que há de brotar, a substância que o enriqueça de elementos de normal e sadia fertilidade; e esta

(11) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit.; vol. II, Investigação científica e política jurídica, pp. 371- 377.

(12) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. II, pp. 378-79.

não há de ser senão apurada e serena técnica sociológica. Somente a ciência pode ser suficientemente fria e universal para interessar todos os cidadãos na prosperidade das nações e no desenvolvimento harmônico da humanidade; somente ela poderá reduzir a diferenças mínimas, cada vez menores, as que hoje são enormes, entre direito escrito e o direito vivo, entre a “expressão” e o “expresso”. Com o auxílio da certeza condutora, nascida da ciência e da experimentação social, poderá o técnico sociológico conseguir, com oportunidade e relativa eficácia, *em quase todos os casos*, o que hoje só eventualmente e *em poucos* tem conseguido: a boa lei, a lei que realmente pode ser aplicada e se aplica; a lei esvaziada de arbitrário, de “poder”, e simples equivalente verbal de uma função; a lei que se colhe quando emerge dos fatos e significa o tributo do homem para “precipitar” a harmonia; a lei que se aproveita tecnicamente como o industrial utiliza a electricidade, a luz, o carvão; a lei, participação da inteligência na metaquímica dos fatos sociais [...]; é de mister, pois, [...] evitar esse funesto exercício de golpes no vácuo, em que se compraz a anarquia empírica das ditaduras, das monarquias e das repúblicas despoticamente organizadas. O que em todas elas está organizado é o “poder” e não a “função” de legislar, de “administrar”, de “aplicar a lei”: a lei arbitrária, mas surgida das fontes constitucionais, não pode inserir-se no direito, não serve à administração, nem se aplica, e cada julgamento dos tribunais muitas vezes marca o índice numérico de sua inadequação aos fatos (grifos nossos) da repulsão social, da ineficácia da imposição pelo Estado. Não é direito: é lei. Não tem existência social como fenômeno de direito objetivo, mas

política, como fenômeno de vontade e de pressão de “poder”¹³.

Tudo isso dentro do contexto segundo o qual o juiz não pode denegar justiça e deve obedecer à lei; havendo lacunas, ainda que pouco aparentes, na ordem jurídica, o juiz não é obrigado a decidir com a lei; o método a ser aplicado em caso de lacunas, é o científico, acima exposto, que exime do perigo de arbitrariedade do juiz, ao substituir o subjetivismo pela indagação científica: “Revelam-se regras jurídicas como se descobrem leis físicas”, conseguindo juiz preencher a lacuna sem ficar “entregue a si mesmo”, para defesa da sociedade¹⁴.

A questão da eliminação da arbitrariedade do juiz é um ponto constante - e para este artigo essencial - do raciocínio de Pontes de Miranda: a que outra coisa mais importante serviria a utilização do método científico (no seu caso, o positivo) na prática jurídica, senão colocar-se à disposição da democratização? Assim ao dissertar sobre a separação de poderes, e da diferença entre “lex” e “jus”, e da variação da lei no plano social, aumentando ou agravando fenômenos positivos ou negativos, encontramos novamente a argumentação acima referida: nestes casos, para a manutenção do equilíbrio, é necessário que ocorra a chamada “livre investigação do direito”, que naquela linguagem matemática de Pontes de Miranda resulta em que “todo o direito participará da nova tinta, pela conversão do *superavit* em energia adquirida e definitiva do círculo favorecido. Não se compadece com a lei imutável, presa à hora que passou, a explicação mecânica do direito: aquela tem de ser

⁽¹³⁾ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., Vol. II, pp. 381-383.

⁽¹⁴⁾ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. 11, respectivamente pp. 57,59,428.

desprezada, por se não adequar ao traçado da evolução social, na sua incessante criação de círculos”¹⁵.

Cuida-se então de enfatizar que, nesses casos de recusa de lei inadequada, a objeção de arbitrariedade do juiz deixa de existir na medida em que “convalesça a moral pública e particular. O que não se pode é recusar solução, sob todos os aspectos recomendável e necessária [...] pelo simples fato de se pressupor a defeituosa moral dos instrumentos humanos de aplicação da lei. Então teríamos que eliminar quase todas as obras úteis da humanidade. Regra de política, é pelo ângulo da matéria social que deve ser vista e examinada a separação dos poderes; do lado jurídico, apresentam-se quase apagadas as linhas, e a distinção é como um risco de lápis numa folha de papel homogênea inteiriça. Na própria ordem política o que mais distingue as duas funções é a índole geral, para o futuro, do produto legislativo, e a índole individual, para o presente, do produto judiciário; aquele é permanente; este momentâneo. Observados tais caracteres da função especial do juiz, evidentemente se atenua a importância da objeção; o juiz decide para casos particulares, o que diminui em extensão a eventual injustiça, e em intensidade, porque o interessado é o natural e vigilante fiscal dos julgamentos”¹⁶.

Claro que o raciocínio de Pontes de Miranda é, neste aspecto, mais formal do que sua própria teoria: se ao interessado não são dados instrumentos de fiscalização contra o arbítrio, se o Judiciário se constitui em poder sem controle, se processos podem ser engavetados sem que se tenha os meios para

cercear este arbítrio, toda sua vigilância redundará em conjunto vazio. A dilatação e aperfeiçoamento dos círculos sociais, como intitula Pontes, tem efetivamente como consequência a dilatação do âmbito dos órgãos estatais, o que teoricamente produziria maiores vantagens para os indivíduos, na medida em que seriam mais favorecidos no aumento de possibilidade de acolhimento de suas pretensões. Na prática, ocorre, porém que, em partida, é o interesse e a competência nos círculos menores que prepara habilidades para os grandes círculos¹⁷. Assim é que um juiz mal-preparado e, pior ainda, mal selecionado, provocará somente desastres e inadequação da prática jurídica à realidade em evolução. E, com um exemplo de Pontes, “o mais eficaz elemento contra o crime é a criação ou revigoração de princípios e valores éticos”¹⁸, e não apenas uma mais rígida aplicação da pena.

Tarefa do intérprete - explicava Pontes já no volume I da sua obra em análise - é procurar na aplicação da lei não os sinais visíveis ou sonoros, mas sim deles utilizar-se para identificar o que deles se perdeu ou foi aumentado na expressão legislativa: “Não seria social a aplicação da lei, se não houvesse entre a norma viva (dado) e a aplicada (julgado) o veículo social (costume, jurisprudência), ainda que, após a permanência individual (espírito do legislador), se comunique, se socialize pela linguagem, fenômeno caracteristicamente social. O que naquele período pessoal se diminui ou se aumenta ao dado, cumpre ao intérprete corrigir; se o legislador, pela expressão, inicia a socialização, ao doutrinador e, principalmente, ao juiz incumbem ultimá-la. Em vez de se

(15) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. II, p. 274.

(16) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. II, pp. 274-75.

(17) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. II, p. 451.

(18) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. II, p. 453.

limitar a induzir da lei, o que não satisfaria, induzirá das realidades, e a regra escrita apenas lhe serve de guia [...]. A lógica não poderia bastar ao direito: ela apenas garante a exatidão formal do ato, - não pode garantir a dos resultados.[...] Não se deve proscrever a lógica, mas colocá-la ao lado do que assegura a exatidão material: os fatos. Ora tal presença implica a da sociologia, que é a ciência que os estuda”¹⁹.

Isto implica uma certa admissão de que o direito é mais livre da lei do que se pensa, embora menos livre do que a doutrina do “direito livre” propugnava. Ao referir-se ao aparelho de subsunção utilizado pelo juiz, Pontes de Miranda é muito claro: “a subsunção [...] não é fato que se possa considerar característico na vida da regra jurídica. E a razão é evidente: se há qualquer atenuação ou extensão da lei, não se subsume no preceito legal o caso ocorrido, porém noutro preceito diferente ou mais largo do que o contido no direito escrito; é a norma *superpositiva*, a que se referiu o movimento do ‘*freies Recht*’ [direito livre]. Diante disto e da lição dos fatos, não há que duvidar de ação criadora (ou pelo menos reveladora) do juiz: ele não subsume apenas, também pronuncia julgamentos de valor [...]”²⁰.

A verdade é que se a lei não contém, completamente, todo o direito, a alguém cabe revelá-lo, mas esse alguém - obviamente, o juiz - não se investe de subjetivismo ao fazê-lo: “a solução do problema metodológico do direito deve corresponder à de outros problemas (econômico, político é moral, etc.), para os quais

em parte concorre e dos quais em parte depende: é a lei sociológica da mútua dependência dos fenômenos sociais”²¹. Assim é que a “*mens legis*” tem valor apenas relativo na doutrina de Pontes, como já deve ter ficado evidente: “ambas, legislação e jurisprudência, elaboração legislativa e processo exegético, aspiram ao mesmo: produzir a força positiva ou negativa; de modo que entre elas deve existir identidade de índole, posto que diferença de processo. A segunda não fica dependente da primeira; pode dispensá-la, corrigi-la, estendê-la; não há dúvida que é melhor subir de degrau em degrau, mas não constitui a regra de prudência a vedação de subir de dois em dois degraus ou, de um salto, galgar o novo plano. O que sobrevive da desprestigiada *mens legis* é que dizia ela se positiva ou se negativa a intervenção da regra escrita. Mas, após melhores análises da matéria legislativa e da matéria social, *evidente ficou que pode ser preestabelecido pelas condições sociais* (morais, religiosas, econômicas, políticas, etc.) *o sentido do princípio*, ou, com a variação daquelas circunstâncias atendíveis, ter de modificar-se a direção e quiçá o sentido do princípio”²².

O intuito, porém, é o de evitar o arbítrio, vinculando o juiz, senão estritamente à lei, certamente ao método. E aqui Pontes de Miranda cita o *Systeme* de Augusto Comte: “o absoluto na teoria conduz necessariamente ao arbitrário na prática”²³. E acrescenta Pontes que a livre pesquisa [do direito] deve ficar adstrita aos rigores do método científico. “Se assim não for, cair-se-á no *government by judges*, na *judicial oligarchy*, na aristocracia da toga, que caracteriza

(19) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. I, pp. 354-355. Ver ainda p. 376 no mesmo contexto.

(20) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. I, p. 464.

(21) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. I, pp. 469-470.

(22) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. I, pp. 381-82.

(23) Auguste Comte, *Systeme de politique positive*, Paris 1854, vol. IV (appendice général), p. 102, em Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. I, p. 466, nota 1.

a política norte-americana da supremacia judiciária. No Brasil, políticos ambiciosos e dois ou três ministros do Supremo Tribunal Federal, que aspiravam a grandes papéis na vida nacional, por pouco não o levaram a tal deturpação da democracia. [...] A objetividade será a maior garantia contra o arbítrio: a) do Judiciário, porque não poderá preferir a regra *a* da exegese em vez da regra *b*, o que é possível no actual sistema de interpretação”²⁴.

A questão da eliminação do arbítrio com a vinculação do juiz ao método, presente em Pontes de Miranda, ou seja, a vinculação do juiz a uma educação jurídico-científica rigorosa, que demonstre cientificamente os resultados adquiridos, tende a evitar (aplicando a teoria de Pontes à prática jurídica) que, diante de uma ação constitutiva do contexto cultural e social externo ao juiz, ele se entregue, por exemplo, a ações de exclusiva proteção do próprio grupo social, sem consideração do interesse coletivo. Como se vê, um juiz ou um Tribunal entregue ao próprio arbítrio, às próprias atividades burocráticas e corporativistas, sem controle de nenhum tipo, sem constrições superiores, sem instâncias que o possam frear, a não ser a sempre maleável consciência moral de cada um de seus membros, não somente não diz nada de si, como é, sem dúvida, poderoso fator de desequilíbrio social. Desequilíbrio apto a gerar nos outros poderes a natural tendência a constrangê-lo externamente ao retorno ao senso do coletivo, ou simplesmente a anulá-lo, dependendo do regime político em vigor naquele específico momento.

O conhecimento da complexidade dos problemas que envolve a aplicação da lei, pois,

tende a alargar uma teoria do direito, que, na visão dos tribunais é aquela estreita, exatamente aquela duramente criticada por Rudolph von Jhering, na sua famosa *Luta pelo Direito*, por demais citada e pouco aplicada: “a nossa teoria do direito, e isto não pode ser mais claro, ocupa-se mais da balança do que da espada da justiça; o exclusivo ponto de vista sob o qual ela considera o direito e que faz, em resumo, que o apresente não pelo seu lado real, como noção de poder, mas antes pelo seu lado lógico, como sistema de regras abstratas, imprimiu quanto a mim, a toda a sua concepção do direito, um carácter que de forma alguma concorda com a rude realidade. O seguimento deste trabalho nos fornecerá um grande número de provas em apoio desta censura”²⁵. Enfim, em palavras mais simples e práticas, Jhering aqui critica aquele tipo de teoria utilizada na prática dos tribunais que, por exemplo, demonstra a degeneração de suas próprias funções, na medida em que eleva como ponto de partida da aplicação da lei o princípio de aplicar-se a lei aos inimigos. A luta não é fácil, enfatiza Jhering, porque provoca uma viva resistência nos interesses individuais ameaçados: “daí uma luta na qual, como em todas as lutas, não é o peso das razões mas o poder relativo das forças postas em presença que faz pender a balança e que produz frequentemente resultado igual ao do paralelograma das forças, isto é, um desvio da linha direita no sentido da diagonal: é a única maneira de explicar como algumas instituições muito tempo depois de condenadas pela opinião pública conseguem muitas vezes prolongar a vida. O que as mantém não é a força de inércia da história mas a força de resistência dos interesses defendendo a sua posse.

⁽²⁴⁾ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. I, p. 467.

⁽²⁵⁾ Rudolph von Jhering, *A luta pelo direito*, tradução e prefácio de João de Vasconcellos, Antiga Casa Bertrand - José Bastos & Cia. Editores, Lisboa [1910?], pp. 34-35.

Em todos os casos em que o direito existente encontra este sustentáculo no interesse, o direito novo não pode chegar a introduzir-se senão à custa de uma luta que por vezes se prolonga durante mais de um século e que atinge o mais alto grau de intensidade quando os interesses tomaram a forma de direitos adquiridos”²⁶.

Pontes de Miranda oferece ao juiz bons e rigorosos instrumentos para essa luta inevitável

contra os interesses individuais das instituições que deveriam colocar diante de si antes de tudo os interesses coletivos: com esta finalidade, estimula Pontes o estudo das matérias afins, a necessidade de se vincular a métodos de trabalho, abandonando o aleatório, a adaptação do direito às circunstâncias, metodologicamente analisadas em suas várias facetas: história, sociológica, antropológica experimental. Resta, portanto, aplicá-lo.

⁽²⁶⁾ Rudolph von Jhering, *A luta pelo direito*, cit., pp. 39-40.